

Tema II: Reforma del Código Penal. Proyectos en la República Argentina y en los países del Mercosur.

Título: “Prescripción y funcionario público en Argentina”

Autores: Pablo Agustín Lafuente (D.N.I 26.631.525) / Valeria Thus (D.N.I 23.992.027)

Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho.

Domicilio: Esmeralda 345, piso 9. Código Postal: 1063.

Teléfono: 4322-992/96

E-mail: cruzyasociados@speedy.com.ar

PRESENTACIÓN DE LA PONENCIA

La presente ponencia se desarrolló en el marco de un trabajo del equipo docente de las comisiones a cargo del profesor Carlos Cruz, integrantes de la cátedra del Dr David Baigún en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La ponencia consiste en un análisis crítico del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, en lo específicamente atinente a la materia de Prescripción de la acción penal.

La intención de quienes formamos parte del equipo de trabajo es la de contribuir desde el ámbito académico al debate de una propuesta legislativa que implica una reforma integral de nuestro régimen penal.

El instituto de la prescripción de la acción penal ha recibido un profundo tratamiento en las distintas legislaciones de los países que integran el MERCOSUR.

Así, cada uno de los países ha regulado, a través de su derecho interno, las cuestiones relacionadas con este instituto, como ser los plazos, el momento en el cual comienza a correr, las causales de interrupción o de suspensión de la acción de manera dispar, sin perjuicio de distintas particularidades que pueden hallarse al analizar la totalidad de las legislaciones.

Ahora bien, en materia de prescripción, se destaca en la Argentina un tópico que no ha sido desarrollado en el derecho de los otros países que integran el bloque, y esto es la cuestión atinente la suspensión de la prescripción de la acción para el juzgamiento de los delitos cometidos con intervención de funcionarios públicos.

En nuestro país, estos conceptos han sido objeto de tratamiento y evolución; resultando evidencia de esta circunstancia el estado actual de las disposiciones que regulan la prescripción de la acción en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos.

Pero, la evolución referida es objeto de encontrados debates que generan perplejidad para quienes creemos en la reafirmación del modelo del estado social y democrático de derecho respetuoso de las garantías individuales en donde se entiende que la prescripción es el instituto materializador- medio- para hacer valer en el proceso una garantía de la que debe gozar todo imputado: **la garantía de plazo razonable.**

Lo expuesto no implica restar importancia a la lucha contra la corrupción de los Estados y, en este contexto, la legitimidad de prever supuestos de suspensión de la acción para el caso de funcionarios públicos.

Seguramente, como un intento de dar una respuesta en la lucha contra la corrupción, y en la búsqueda de eficacia en el funcionamiento judicial es que se han incorporado distintas previsiones que han llevado a la ampliación del espectro de casos a los que podía aplicarse la suspensión de la acción penal. Pero ello, en modo alguno, justifica la desnaturalización del instituto, como se verá.

Por ello es que el presente trabajo se inicia con un racconto de la evolución histórica del artículo 67, segundo párrafo del Código Penal, que se ha caracterizado por un creciente sentido de ampliación del marco de punibilidad por parte del Estado, generándose, consecuentemente, conflicto con la garantía de plazo razonable, que ha arribado a una situación de tensión cada vez más inconciliable.

En idéntico sentido, y a partir de la entrada en vigencia de la Ley de ética pública, el concepto de funcionario público se ha ampliado considerablemente.

Para exhibir esta situación de tensión, hemos trabajado sobre una serie de problemáticas que se presentan en la cotidianeidad de la práctica judicial, producto de la redacción actual del artículo 67, segundo párrafo, cuya aplicación en forma literal por parte de los magistrados lleva a respuestas que en algunos casos rozan lo irrazonable y absurdo.

El primer conflicto tratado es la extensión de los efectos de la suspensión de la acción penal a los partícipes, generando una tensión con el principio de que la acción penal es personal.

Otro de los conflictos reseñados es el actual concepto de funcionario público, que no acepta, a los efectos de la prescripción, una diferenciación entre aquellos funcionarios que desempeñan cargos desde los cuales pueden ejercer influencias, de aquellos que no cuentan con dicho poder de injerencia.

Finalmente, la tercer problemática analizada es la extensión a los particulares de los efectos de la suspensión de la prescripción; implicando la extensión de los efectos de la suspensión de la prescripción de la acción a sujetos no comprendidos en el concepto rector.

Las problemáticas descriptas son un claro ejemplo del creciente avance del *ius puniendi* estatal y la consecuente limitación de la garantía de plazo razonable de la que goza el imputado, en el marco de los compromisos internacionales asumidos a partir de la incorporación de tratados internacionales a nuestra normativa constitucional. Ello, claro está, aunado a la circunstancia de deber reconocer que las previsiones del cuestionado artículo 67 no han repercutido, de manera favorable, en el funcionamiento judicial; toda vez que luego de casi siete años después de la sanción de la ley de ética pública, existen escasas sentencias contra funcionarios públicos, y el único resultado que, en la práctica, se ha verificado es la inusitada extensión de los procesos penales abiertos contra los mismos.

Pero no sólo ello. Resulta llamativo, a la vez, que el resto de los países del MERCOSUR –para los cuales el fenómeno de la corrupción estructural tampoco les resulta ajeno- no hayan incorporado a su derecho interno, disposiciones de similar naturaleza.

El trabajo concluye con una propuesta de redacción alternativa del actual artículo 67 del Código Penal, la cual intenta ser una apropiada solución a los problemas que se exponen en la ponencia. Sin que ello implique descartar otras, que resulten más útiles o abriendo la posibilidad de discutir, debatir y repensar esta propuesta.

Prescripción y funcionario público en Argentina

Por Pablo Lafuente y Valeria Thus

En el marco del Anteproyecto de reforma del Código Penal que se ha difundido para su discusión se han propuesto modificaciones a la actual redacción del artículo 67 del Código Penal.

Ahora bien, en lo que respecta a los casos de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal no se ha previsto ningún tipo de modificación.

El presente trabajo tiene por objeto señalar distintas situaciones fácticas que se presentan en los tribunales de nuestro país al momento de resolver sobre la posible suspensión del plazo de prescripción de la acción, más concretamente en los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Cuestiones preexistentes al anteproyecto, que entendemos debieron haber recibido tratamiento y sin embargo, no han sido contempladas.

Resultando imprescindible, para poder dimensionar la importancia de tales supuestos omitidos de valoración en el Anteproyecto, efectuar, en primer lugar, una reseña de la evolución histórica del párrafo segundo del artículo 67 del Código Penal.-

1. Evolución histórica del párrafo segundo del artículo 67 del Código penal.

La ley 16.648, sancionada en 1964 modificó el artículo 67 del Código Penal, agregando una nueva causal de suspensión a las ya previstas: para los casos de delitos tipificados en los capítulos VI, VII, VIII, IX y X del Título XI, Libro II del Código, corría la suspensión “*mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público*”. Esta norma fue ampliada por la ley 17.567, de 1968- toda vez que se incorporó el capítulo IX bis del Título XI entre los supuestos respecto de los cuales se aplicaba la suspensión-, conservando su vigencia a través de la ley 21.388, de 1976. Debiéndose puntualizar, asimismo, que la mencionada norma no fue derogada, en lo específicamente atinente a la suspensión de la prescripción de la acción para el caso de funcionarios públicos, por la ley 23.077.

Conforme lo expuesto, cabe en un primer momento, tratar el segundo párrafo de la mentada disposición a la luz de la ley 21.338 (B.O 1°/07/76), el cual establecía que: “*La prescripción también se suspende en los casos de delitos previstos en los Capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del Título XI, libro II de este Código, mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentre desempeñando un cargo público*”. Por otro lado, el quinto párrafo del mismo artículo disponía: “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito.*”

En esta redacción de la ley la excepción se encontraba limitada a un catálogo cerrado de supuestos específicos de delitos contra la administración pública (diversos capítulos de un título del Código Penal).

Ello significaba que la suspensión no operaba en delitos como atentado y resistencia contra la autoridad, abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, usurpación de autoridad, títulos u honores, omisión de deberes de oficio, denegación de auxilio, requerimiento indebido de la fuerza pública, abandono de destino o nombramiento ilegal, y al ser todos ellos tipos con escalas penales leves, requerían una intervención veloz de los órganos judiciales, respuesta que no siempre el sistema ofrecía.

Asimismo, la figura de defraudación contra la administración pública (art 174, inc 5° CP), donde un funcionario o empleado puede revestir la calidad de partícipe necesario, quedaba excluida del catálogo cerrado de los tipos penales sobre los que recaía la suspensión por encontrarse en un título distinto del previsto por la normativa en cuestión. El tipo penal de defraudación contra la administración pública se encuentra contemplado en el capítulo IV “*Estafas y otras defraudaciones*”, dentro de los delitos contra la propiedad (Título VI de la Parte Especial del Código Penal)

Otro de los problemas que esta redacción generaba a sus intérpretes era una seria contradicción entre los textos del párrafo segundo y quinto, puesto que mientras éste último enunciaba un principio general, omitía la remisión interna al segundo párrafo, el cual no aclaraba expresamente que la suspensión se extendía a todos los partícipes del delito, sino que tal circunstancia debía inferirse de la expresión “...*mientras cualquiera de los que hayan participado...*”.

Luego la ley n° 25.188 (Ley de ética de la función pública)- (B.O 1/11/99), reformó el segundo párrafo, y dio solución a estos problemas concretos, quedando redactado el texto de la siguiente manera “*La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público*”.

Asimismo, se dispuso una modificación en el último párrafo del mencionado artículo, en los siguientes términos: “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo*”

Como se verá, al ampliarse el espectro de delitos que pueden ser objeto de la suspensión a *todos los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, se acotó el margen de aplicación del principio general, y se extendió el marco operativo de la excepción.

Por otro lado, el párrafo quinto cumple con la remisión legislativa al segundo párrafo del mencionado artículo.

Por último, la ley n° 25.990 (B.O 11/01/05), mantuvo incólumne el segundo párrafo del artículo 67 del Código Penal, mientras que en el último párrafo se integró la expresión “*separadamente para cada delito*” (Circunstancia que excede el estudio desarrollado en el presente trabajo porque puede ser relacionado con los casos de concurso real de delitos.)

2. La tensión entre el principio y la excepción

La suspensión de la prescripción implica la detención o paralización de la acción penal ejercida previamente o la no iniciación de aquella. En el primer supuesto, una vez removida la causal de suspensión, el tiempo cursado previo a la causal no se pierde, pues se adiciona al que pueda transcurrir luego de la misma.

En el caso de los funcionarios públicos, la causal de suspensión encuentra su fundamento en procurar evitar que las facultades o influencias emergentes del ejercicio de una función pública por parte de cualquiera de los partícipes de delitos contra la administración pública opongan obstáculos de hecho a las investigaciones, haciendo que el plazo de prescripción de las acciones fenezca durante el tiempo de desempeño funcional.

Como puede advertirse, de la evolución legislativa precedentemente desarrollada, se vislumbra la existencia de una cierta tensión entre los párrafos segundo y quinto de la norma en estudio, que ha procurado zanjarse a partir de la sanción de la ley 25.188 (reforma respetada tanto por la ley 25.990 como por el anteproyecto que se analiza).

Pero los problemas interpretativos no han cesado por completo al sancionarse la ley de ética pública, sino que entendemos sólo han mutado para hacer peligrar la función garantía del instituto de la prescripción.

En efecto, esta nueva tensión reside en que mientras el último párrafo consagra como principio general que la prescripción es personal, el segundo párrafo de la mentada disposición arroja una excepción de desmesurada amplitud.

Evidentemente, al intentarse una solución a la problemática que planteaba la redacción de la ley 21.338, la norma quedó finalmente plasmada mediante expresiones demasiado amplias y de carácter general, omitiéndose distinguir los casos particulares que la realidad ofrece.

El problema se instala principalmente cuando los operadores judiciales efectúan una interpretación literal del artículo (muy frecuente en la práctica), para encerrar una gama de situaciones que no se condicen con el carácter excepcional que debe tener la suspensión del plazo de prescripción.

En otras palabras: al alcanzar la excepción casi la totalidad de los casos, en materia de delitos contra la administración pública, pierde su naturaleza y se transforma peligrosamente en regla.

Teniendo en consideración la importancia del instituto de la prescripción, máxime a partir del reconocimiento constitucional que se le ha conferido al “*derecho a un pronunciamiento judicial en un plazo razonable*”, conforme las expresas previsiones del artículo 75 inciso 22) de nuestra Carta Magna que contempla la incorporación de una serie de Tratados internacionales, que prevén esta garantía, a la normativa nacional; entendemos que la prescripción aparece como el instrumento jurídico realizador de este derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, siguiendo la terminología de los catálogos internacionales de derechos humanos: (artículo 7º, inciso 5º y 8, inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art XXV, párrafo 2º, Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; Art 9º, inc 3º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).-

La prescripción es un instituto que ejerce la función materializadora del derecho, en el sentido de resguardar la garantía que tiene toda persona de liberarse del Estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal. ^[1].

No debe soslayarse, entonces, que la prescripción es un instituto jurídico que debe operar como garantía de plazo razonable para el imputado, y por ello es que en los casos en que a través del instituto no se limita el poder punitivo del Estado; sino que, por el contrario, se amplía la facultad discrecional de los órganos judiciales, al permitirles la aplicación de la excepción en todos los casos, la garantía se torna ficticia.

A continuación, se procura el desarrollo de tres supuestos que dan cuenta palmaria de la mencionada tensión entre el principio general y la excepción que, en nuestra opinión, debieron haber merecido un tratamiento específico en el anteproyecto de reforma.

Problema n° 1: La extensión de la suspensión a los partícipes:

Es sabido que en cualquier maniobra delictiva pueden intervenir varias personas.

El segundo párrafo del artículo 67 del C.P lleva a que todas ellas enfrenten la misma situación: la imposibilidad de generar que transcurra el plazo de prescripción sin la renuncia al cargo en la administración pública. Conclusión a la que se arriba con la simple lectura de la frase “...para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.”

Lo expuesto significa que para el imputado no sería suficiente con presentar la renuncia a título personal; sino que deberá aguardar a que todos los sujetos que intervinieron en la maniobra hagan lo mismo. Circunstancia que conlleva la indeterminación del plazo del proceso que deberá enfrentar el imputado, en clara violación de la garantía de plazo razonable.

La persona sometida a proceso debe gozar de la garantía desde el momento que decide dejar de ocupar el cargo público respecto del cual se le imputa la comisión del delito, y entendemos deviene inconstitucional la inoponibilidad del instituto de la suspensión de la prescripción en orden a la conducta de los restantes imputados, sin que el sujeto pueda hacer nada al respecto.

A esto debe agregarse que, en la realidad, pocas veces se produce una renuncia masiva a los cargos públicos, y que en muchas ocasiones los órganos judiciales efectúan imputaciones a personas que integran la estructura y pese a que incluso dichas acusaciones finalmente no prosperan, sí logran impedir que la prescripción pueda correr respecto de los restantes imputados.

No debe ser soslayado que el mero sometimiento a proceso de los funcionarios que participan en un delito, es condición suficiente para que opere la suspensión del plazo de prescripción de la acción.

Pero no sólo ello.

A lo expuesto, se le agrega la circunstancia, que, en realidad, de esta manera, el juez o fiscal que pretende evitar que el plazo de prescripción corra respecto de un imputado que ya ha abandonado la función pública, no tiene más que someter a proceso a alguna de las personas que se mantienen en la función pública, aunque no tengan responsabilidad.

Si bien este razonamiento describe a un funcionario judicial que perdió toda imparcialidad, y por ende no constituye una situación modelo, lo cierto es que dicha hipótesis no puede ser soslayada cuando se intenta analizar una garantía que pretende justamente recortar el poder discrecional e imponer un freno a la arbitrariedad judicial.-

Resulta ilustrativo reseñar, a esta altura del análisis que, existen precedentes jurisprudenciales que dan cuenta del cambio de criterio adoptado a partir de la sanción de la ley de ética en la función pública, en cuanto se extienden los efectos procesales del instituto a los partícipes, en desmedro de la garantía de plazo razonable. A título ejemplificativo: *“La suspensión de la prescripción comienza a correr con el cese en el ejercicio de la función pública –renuncia en el caso concreto- tal como lo dispone el art 67, segundo párrafo del Código Penal, en su redacción anterior a la ley 25.188”... “En tales condiciones, producido el cese en la función pública no se advierten razones que autoricen a apartarse del principio general establecido en el párrafo quinto del art 67 del Código Penal.”...* Esta situación fue modificada por la ley 25.188 que expresamente establece como excepción al curso independiente de la acción penal a la suspensión de la acción penal *“... para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público...”* (Fallo “Bremer Marcovich, Alejandro”, C.C.C. Fed Sala II, 17/05/05, causa 21930, reg 23.677).

Problema n° 2: La interpretación de “cargo público”:

Se entiende que el concepto de cargo público resulta asimilable a los términos de “funcionario público” y “empleado público”, del artículo 77 del Código Penal, mediante el cual se hace referencia todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente.

Debe señalarse que este concepto también ha sido objeto de evolución jurisprudencial, debido a que no preveía, entre otros, los casos de personal contratado por la Administración Pública por fuera del escalafón, habiéndose dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios.^[2]

Luego, la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759, B.O 17/1/1997), en su artículo I del Anexo I dispuso que por “Función Pública” se entendía *“ toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*; y por “Funcionario público”, *“ oficial gubernamental” o “ servidor público”, ... “ cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”*. Debiéndose precisar que estas definiciones fueron recogidas por la ley de ética de la función pública, en su artículo 1°.

Ahora bien, independientemente del concepto de función pública que se adopte, cuando se analiza la redacción actual del artículo 67, segundo párrafo del Código Penal,

el problema interpretativo que se suscita surge nuevamente a raíz de la literalidad de dicha disposición, cuando hace referencia a “un” cargo público.

En efecto, al no formularse aclaración al respecto, ocurre que la suspensión opera en caso que el imputado ocupe cualquier cargo, siempre que cumpla con los requisitos formales que la ley establece al momento de definir “función pública”.

Es decir, que aunque el funcionario abandone el cargo en el cual habría cometido el delito por el cual se lo pretende responsabilizar, la circunstancia de que pase a ocupar otra función, (aún en otro cargo, en otro organismo, o inclusive en otra esfera de la administración pública), impedirá que transcurra el plazo de la prescripción respecto de su persona.

De esta forma, la única manera en la cual una persona sometida a proceso pueda hacer correr el cómputo de la prescripción, sería abandonar de manera definitiva la función pública.

Lo expuesto, no solo implica colocar al sujeto en una situación similar a sentirse inhabilitado para ejercer la función pública sin que exista condena; sino que transforma la excepción en regla, al resultar habitual que un funcionario, a lo largo de su vida laboral, se desempeñe en varios organismos, ocupando distintos cargos en la función pública.

Lo precedentemente detallado lleva a reflexionar nuevamente sobre el fundamento por el cual se ha consagrado la suspensión de la prescripción en casos de delitos cometidos durante el ejercicio de la función pública para procurar delinear respecto de los alcances que deben conferírsele a las previsiones del artículo 67 del Código penal en estudio.

En este sentido, cabe recordar que se ha dicho que esta disposición “ *tiene el propósito de evitar que corra el término mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción. Por ende, por cargo público no debe entenderse cualquier empleo estatal, sino al funcionario cuya jerarquía o vecindad con ésta permita sospechar que puede emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario, subsecretario, juez) o de sus cómplices o personas de estricta confianza*” (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raul, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2° ed., Buenos Aires, 2002, p 904*).”

Así, conforme esta fundamentación, plasmada en recientes fallos judiciales (Causa 38.593, reg 286, CC.Fed Sala I, 7-4-2006, “Martino Jorge”; y autos “Nisi Luis A”, “Gentile, Angel” y “Garibaldi Marta A.”, todos ellos de la misma fecha y Sala), cuando el funcionario abandona un cargo de jefatura, pierde la capacidad para hacer valer su influencia política, y por ende no puede asimilarse a la situación tenida en cuenta por el legislador al momento de sancionar la norma.

Esto debería resolverse de idéntica manera cuando el funcionario pasa a ocupar un cargo en otro organismo, independientemente de la jerarquía que ostente.

Debe aclararse que esta obstaculización de la acción penal, a la que hace referencia la doctrina, podría suscitarse a través de diversas modalidades, tales como: el arbitrio de medios para impedir que el hecho sea denunciado, el extravío de documentos que puedan obrar en los archivos del organismo, la intimidación a eventuales testigos que se desempeñen en el mismo ámbito laboral, o simplemente la reticencia a la hora de informar por requerimiento judicial, entre otros supuestos.

De esta manera, en el momento en que el funcionario ya no cuente con la autoridad jerárquica para obstaculizar la investigación, sea por haber renunciado o haber sido removido del cargo de mando que ocupaba, o cuando sea transferido a otra dependencia estatal, entendemos que el curso de prescripción debería correr nuevamente.

Sin perjuicio de lo revitalizador que resulta la adopción de este criterio por parte de algunos tribunales, lo cierto es que en oportunidad de efectuarse un proyecto de reforma, no debería dejarse abierta la puerta a una interpretación literal como la que se planteaba en el inicio de este acápite.-

Uno de los puntos trascendentales a evaluar es que la idea que el funcionario público puede, a través del manejo del poder y la influencia política que ostenta, obstaculizar la investigación, puede ser entendida de dos maneras: esto es, como una presunción “iuris tantum” o “iure et de iure”.

Sostenemos que la única interpretación posible es la que se corresponde con el sistema de presunciones “iuris tantum”, pues el establecimiento de una presunción “iure et de iure” respecto de la obstaculización de la acción penal por parte del funcionario público en ejercicio de sus funciones, impide, por un lado, la operatividad de la garantía de plazo razonable, y por el otro, se vulneran las previsiones del artículo 28 de la Constitución Nacional.^[31]

Problema n° 3: Los partícipes no funcionarios:

Otra de las situaciones que entendemos debe ser contempladas en el marco de una reforma penal es la situación de los particulares que participan en la comisión de un delito.

Con la actual redacción del artículo 67 del Código Penal se suscitan dos problemas:

a) Por un lado, el particular debería aguardar, para que comience a correr el curso de la prescripción, a que todos los funcionarios, respecto de los cuales pese la imputación-sea a título de autor o partícipe -abandonen la función pública de manera definitiva. Agudizándose, consecuentemente, la situación de indeterminación que se expuso al momento de presentar la primer problemática; y

b) El particular tendría vedado el ingreso a la administración pública, porque en caso de hacerlo, se suspendería el curso de la prescripción.

Estas dos situaciones son inadmisibles a la luz de la garantía de plazo razonable.

Pero en el supuesto b) precedentemente descrito se conculca, asimismo, su derecho constitucional a trabajar y ejercer industria lícita (artículo 14 CN) y los derechos civiles y políticos (artículo 75 inciso 22 CN, artículo 21 incisos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y artículo 23.1 incisos a y c de la Convención Americana de Derechos Humanos)

Teniendo en cuenta que el principio general es que la prescripción es personal, y contemplando los motivos por los cuales el legislador ha establecido la causal de suspensión de la acción penal que se analiza, no se encuentran razones fundadas ni valederas para considerar que un sujeto particular que ha participado en la comisión de un delito pueda obstaculizar una investigación, puesto que se encuentra imposibilitado para ejercer influencia política en el sentido explicado.

Si bien cuando un funcionario obstaculiza una investigación, esto beneficia también a quienes no lo son, en nuestra opinión ello no puede resultar argumento válido y suficiente para detener el curso de prescripción respecto de los particulares, toda vez que, en su caso, la influencia política (único fundamento que debe ser tenido en cuenta a los efectos de la procedencia de la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal) puede ser ejercida exclusivamente por quienes detentan el poder y ocupan la posición para hacerlo, y la concreción de ello depende, en principio, de la voluntad de los funcionarios, excediendo el ámbito de decisión de quienes se le atribuye participación en la maniobra; pero como simples particulares. Y, en este marco, extender a ellos los efectos que operan sobre los funcionarios calificados para entorpecer la acción penal, resulta violatorio de la garantía que se analiza.

Lo mismo debería decirse en el caso de que el particular en cuestión, con posterioridad al hecho, ingrese a la administración pública.

Esta situación nunca será la que imaginó el legislador, salvo que el partícipe ingrese en el mismo organismo en cuyo seno se haya cometido el delito en el cual participó y en una posición de jefatura (situación que, por otro lado, resulta muy poco probable y no justifica contemplar el supuesto de suspensión del plazo de prescripción de la acción respecto de los partícipes particulares).

No debe soslayarse que esta extensión de los efectos de la suspensión de la acción penal a los no funcionarios ha surgido a raíz de la sanción de la ley 25.188, puesto que con anterioridad (ley 21.338), destacada doctrina se pronunciaba, respecto de esta posibilidad, en sentido negativo^[4]

Expuestos las situaciones que se generaron a partir de la sanción de la ley 25.188, consideramos que una reforma integral del Código Penal no debería omitir su tratamiento, y plasmar en el texto de la ley una solución a los problemas que se han desarrollado, los cuales tienen su origen en una interpretación literal de dichas normas,

que se aparta de la garantía de plazo razonable, y extiende la situación prevista como excepción a casi todos los casos posibles de delitos en el ejercicio de la función pública.

Las observaciones precedentemente efectuadas, no significan vaciar de contenido la suspensión del plazo de prescripción respecto de funcionarios públicos, que entendemos procedente para algunos supuestos específicos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, en concordancia de los motivos y fundamentos de la misma Ley de Ética Pública.

Pero ello no justifica, en modo alguno, la conversión en regla de la excepción, con la consecuente desnaturalización del instituto. Ello, claro está, en lo marco de un estado democrático de derecho respetuoso de las garantías individuales y los compromisos internacionales asumidos por los Pactos.-

3. Una propuesta de redacción alternativa.

Efectuada esta breve y suscita explicación de las problemáticas que se plantean alrededor de la actual redacción del segundo párrafo del artículo 67 del Código de fondo, resta proponer una fórmula legal que de solución a las situaciones que se han descrito, siempre en pos del respeto de la garantía constitucional de plazo razonable.

Previo a ello, debemos aclarar que nos inclinamos por una redacción de la causal de suspensión de la acción penal para los casos de funcionarios públicos, con sentido restrictivo, tal como se deriva del tratamiento de las situaciones particulares enumeradas previamente.

Así, en un intento por obtener una versión de la norma que acote el margen de discrecionalidad judicial existente al momento de su aplicación, a cambio de un mayor respeto por la garantía de plazo razonable y el principio de personalidad de la prescripción.

A continuación se expone la actual redacción del artículo 67, segundo párrafo, con subrayado en las partes en las que entendemos pertinente la modificación:

“La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.”

De esta manera la frase “*para todos los que hubiesen participado*” debería ser reemplazada por “*...para cada funcionario que hubiese participado...*”. Por otro lado, la

expresión “*cualquiera de ellos*” podría pasar a quedar redactada “*...mientras se mantenga o ingrese con posterioridad en el ejercicio de...*”. Por último, la referencia a “*un cargo público*” necesita ser precisada de esta manera “*...un cargo público desde el cual pueda tener ingerencia en la obstaculización de la acción penal...*”.

Sin embargo, para una correcta aplicación de la pretendida norma, debería establecerse una cláusula que imponga a los magistrados la obligación de evaluar en el caso concreto si existe obstaculización de la acción penal, o peligro de que ello acontezca.

Ello, en consonancia con la idea de que la regla que prevé la suspensión de la acción penal para los casos de funcionarios públicos debe ser entendida como una presunción “*iuris tantum*” y no como presunción “*iure et de iure*”.

En el sentido expuesto, la mencionada fórmula podría ser:

“ Los magistrados sólo podrán rechazar la declaración de prescripción de la acción penal, en orden a la causal establecida en el párrafo precedente, mediante auto fundado, en el cual deberán expedirse, bajo pena de nulidad, sobre la injerencia que el imputado haya tenido en la investigación”

Debiéndose precisar al respecto que esta cláusula podría también ser incorporada a la normativa procesal penal.

En resumen, la actual redacción del párrafo segundo del Código Penal resulta violatoria de la garantía de plazo razonable, siendo necesaria su modificación por una norma que restrinja la suspensión de la acción penal a casos excepcionales, donde los efectos no se extiendan de manera general a todos los partícipes, plasmando la regla como una presunción “*iuris tantum*”, que deba ser fundada en el caso concreto:

“La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para cada funcionario que hubiese participado, mientras se mantenga o ingrese con posterioridad en el ejercicio de un cargo público desde el cual pueda tener ingerencia en la obstaculización de la acción penal.”

“Los magistrados sólo podrán rechazar la declaración de prescripción de la acción penal, en orden a la causal establecida en el párrafo precedente, mediante auto fundado, en el cual deberán expedirse, bajo pena de nulidad, sobre la injerencia que el imputado haya tenido en la investigación.”

Sin perjuicio de la posibilidad de mejorar la redacción propuesta, entendemos que lo trascendental en esta materia sería mantener el criterio *restrictivo* que se pretende expresar a través de la misma, en concordancia con la recepción y desarrollo de la garantía de plazo razonable, en la terminología de los catálogos internacionales.

Notas al pie:

^[1] Cfr caso Frades, del 14.12.1989 (LL, T1990-C, p.p, 299 y ss). Ver asimismo comentario al fallo en “Borinsky, Carlos: El derecho constitucional a una pronta conclusión del proceso penal, Buenos Aires, La Ley, T1990-C, p.p 300 y ss.-

^[2] Fallo 33.906 “ *Sznadjer, Oscar Alejandro s/ excepción de falta de acción*” CCCF, Sala I, reg n° 1079,10/10/02: “*A través de los elementos probatorios referidos se logró determinar que no hubo elección popular ni acto administrativo alguno emanado de autoridad competente que los invistiera de calidad de funcionarios públicos. El Código Penal en su artículo 77 determina que por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. En consecuencia, no se encuentran reunidos los requisitos objetivos exigidos por el tipo penal establecido en el artículo 265 del Código Penal por lo que respecto de esa imputación corresponde sobreseer a los imputados por inexistencia de delito.*”

^[3] Cfr. Art 28 Constitución Nacional: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

^[4] Cfr. Núñez, Ricardo C: “*Las Disposiciones generales del Código Penal*”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, p. 299).

Bibliografía:

1)Zaffaroni, Eugenio Raul, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2° ed., Buenos Aires, 2002.

2) Borinsky, Carlos: El derecho constitucional a una pronta conclusión del proceso penal, Buenos Aires, La Ley, T1990-C

3) Núñez, Ricardo C: Las Disposiciones generales del Código Penal, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988.

4) Donna, Edgardo Alberto: Delitos contra la administración pública, Rubinzal-Cculzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

5) Sancinetti Marcelo A: Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, Doctrina Penal, año n°9, n° 33/4, ene-jun 1986, pp71/86.

6) Pastor, Daniel: Prescripción de la persecución penal y código procesal penal, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

Jurisprudencia:

1) “Bremer Marcovich, Alejandro”, C.C.C. Fed Sala II, 17/05/05, causa 21930, reg 23.677

2) “Martino Jorge” C.C.C Fed Sala I, 7/04/06, causa 38.593, reg 286.

3) “Sznadjer, Oscar Alejandro s/ excepción de falta de acción” C.C.C.Fed, Sala I, 10/10/02 causa 33.906, reg n° 1079.